

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimocuarta
C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 13 - 28020
Tfno.: 914936211

37007740

N.I.G.: 28.049.00.2-2016/0006056

Recurso de Apelación [REDACTED] /2018

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 05 de Coslada
Autos de Familia. Modificación de medidas supuesto contencioso 861/2016

APELANTE: D. EMILIO [REDACTED]
PROCURADOR Dña. ANA GARCÍA ORCAJO

APELADO: Dña. SONIA LEON MARTIN
PROCURADOR D. JOSE [REDACTED]
MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilmo. Sr. D. ÁNGEL LUIS CAMPO IZQUIERDO

SENTENCIA N° [REDACTED]

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Ángel Sánchez Franco
Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés
Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Campo Izquierdo

En Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Modificación de medidas con el nº [REDACTED]/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Coslada, seguidos entre partes:

De una, como apelante, D. EMILIO [REDACTED], representado por la Procuradora Dª ANA GARCÍA ORCAJO.

Y de otra, como apelada, Dª SONIA [REDACTED] representada por el Procurador D. JOSE [REDACTED]

Siendo parte el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ÁNGEL LUIS CAMPO IZQUIERDO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha [REDACTED] de febrero de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Coslada, se dictó Sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“FALLO: Que, desestimando íntegramente la demanda interpuesta por EMILIO [REDACTED], representado por la Procuradora de los Tribunales Ana María García Orcajo, frente a SONIA [REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales José [REDACTED], debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones que contra ella se formulan; con imposición de las costas causadas en esta primera instancia a la parte actora.”

TERCERO.- Notificada la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de D. EMILIO [REDACTED] al que se opuso la parte contraria, en los términos que constan en escritos obrantes en autos.

Mediante providencia de fecha 11 de junio de 2018, se señaló el día 28 de noviembre de 2018 para deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Emilio [REDACTED] se formula recurso de apelación frente a la sentencia de [REDACTED] de febrero de 2018, dictada en proceso de modificación de medidas [REDACTED]/2016 del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Coslada, que desestimó su demanda de modificación de medidas, en la que solicitaba una temporalización del uso de la vivienda familiar, al existir un régimen de custodia compartida y haberse producido un cambio jurisprudencial en la aplicación del art. 96, cuando existe dicho sistema de guarda y custodia. Por ello, amparándose en que la sentencia de 1ª Instancia es contraria a la doctrina del TS a la hora de aplicar el art. 96 del CC en régimen de custodia compartida y que no es de aplicación en este caso el criterio del vencimiento en cuanto a las costas; pide que se revoque la sentencia apelada y se fije un uso temporal, durante un año, a computar desde la presentación de la demanda, debiendo desalojar dicha vivienda la Sra. [REDACTED] pasado dicho plazo; y que al menos se deje sin efecto la condena en costas que se le impone en 1ª Instancia. Tanto el Ministerio Fiscal, como la representación procesal de Dª Sonia [REDACTED] se oponen al recurso, y solicitan la confirmación de la sentencia apelada, al considerarla ajustada a derecho.

SEGUNDO.- A fin de resolver el presente recurso, que se circunscribe a determinar si procede o no temporalizar el uso de la vivienda, que tienen atribuido los hijos junto con su madre, desde 2009 fecha en que se acordó, por convenio regulador, que ella tuviera la custodia exclusiva; dado que desde 2014 rige entre ellos una sistema de

custodia compartida por meses alternos, amén de haberse producido un cambio sustancial en el criterio jurisprudencia, en esta materia, entre los años 2014/2015. Se debe valorar que:

1.- Los hijos de los litigantes, actualmente siguen siendo menores de edad. [REDACTED] tiene 16 años y [REDACTED] 10 años.

2.- Es cierto, que las partes suscribieron un convenio regulador el día 20/10/2009, que fue aprobado por sentencia de 15/4/2010; en el que pactaron una custodia exclusiva para la madre, y en base a ello que el uso de la vivienda fuese atribuido a los menores y al progenitor custodio, sin limitación temporal alguna. Es decir, vinculaban el uso al régimen de custodia, en aplicación del art 96.1 del CC y acorde con el criterio jurisprudencial vigente en esos momentos. Pacto, que al haber cambiado sustancialmente las circunstancias que lo generaron, entiende este tribunal que ya no les vincula.

3.- Por sentencia de 31 de marzo de 2014, en procedimiento de modificación de medidas, instado por el padre, se acordó un cambio en el régimen de custodia, y se fijó una custodia compartida por meses alternos. En ningún momento, consta a este tribunal, que se hubiera debatido nada sobre el uso de la vivienda familiar.

4.- Actualmente los ingresos de D. Emilio rondan los 2.000 € y los de D^a Sonia los 1.500 €.

5.- Si bien es cierto, que D. Emilio vive de alquiler y paga una renta de 1.115 €. En el contrato de arrendamiento aportado, consta que también es arrendataria, su actual pareja D^a Inmaculada [REDACTED] desconociendo este tribunal como se distribuyen entre ellos el pago de la renta y gastos de la vivienda, y cuál es la situación laboral y económica de D^a Inmaculada.

6.- Es cierto, que tras los años 2014/2015, ha habido un cambio jurisprudencial en cuanto al criterio que se debe aplicar en la atribución del uso de la vivienda familiar, en caso de custodia compartida. Pues como dice el TS, en estos casos, deja de haber una sola vivienda familiar y pasa a haber dos; y por tanto se debe revisar la atribución del uso y tomar nueva decisión, pero no al amparo del art 96.1 del CC sino al amparo del art 96.3 del mismo texto legal. Y para ello, se debe valorar el interés más necesitado de protección, desde el prisma del Interés Superior del Menor.

Dicho esto, es cierto que en 2009 hubo un pacto entre las partes, respecto del uso de la vivienda, pero vinculado a un sistema de custodia exclusiva de la madre. Ahora estamos en un régimen de custodia compartida por tiempos iguales, una situación económica y laboral de los dos progenitores muy pareja, aunque mejor la de D. Emilio y los hijos siendo menores de edad aún, tienen una edad que hace más factible y menos traumática un cambio de vivienda. A todo ello, se debe añadir que si se pone fin a este uso, mediante su temporalización se permite a ambos progenitores poner fin a ese régimen de copropiedad existente en relación a la vivienda familiar, lo que les permitirá acceder a cada uno de ellos a una nueva vivienda, en mejores condiciones y continuar su vida sin esa vinculación material al otro.

Por todo ello, este tribunal entiende que procede temporalizar el uso de la vivienda familiar, en el sentido de que se mantenga el uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, a favor de la madre e hijos hasta su venta y como máximo hasta el 31 de enero de 2020. En todo caso y como mínimo se garantiza ese uso a los menores y a la madre, aunque se venda antes la vivienda, durante seis meses a contar desde la notificación de esta sentencia. A partir de 1 de febrero de 2020, si no se ha vendido el inmueble, se fija un uso alterno por semestres, correspondiendo al padre el primer semestre de dicha alternancia.

TERCERO.- La estimación parcial del recurso, que conlleva una estimación parcial de la demanda instada por D. Emilio [REDACTED] conlleva que no se haga especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias. Art. 394 y 398 LEC.

III.- FALLO

Debemos estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Emilio [REDACTED] frente a la sentencia de 26 de febrero de 2018, dictada en proceso de modificación de medidas [REDACTED]/2016 del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Coslada, que se revoca parcialmente y en su lugar se acuerda **mantener el uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, a favor de la madre e hijos hasta su venta y como máximo hasta el 31 de enero de 2020. En todo caso y como mínimo se garantiza ese uso a los menores y a la madre, aunque se venda antes la vivienda, durante seis meses a contar desde la notificación de esta sentencia. A partir de 1 de febrero de 2020, si no se ha vendido el inmueble, se fija un uso alterno por semestres, correspondiendo al padre el primer semestre de dicha alternancia.**

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales devengadas en ambas instancias.

Devuélvase a la parte el depósito constituido para apelar.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma puede haber la interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, si se dan algunos de los supuestos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 para ante el Tribunal Supremo en el plazo de VEINTE DIAS.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación en fecha _____, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico en Madrid, a

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.